



POR DON PEDRO DE POBLACIONES, VEZINO DE la villa de Santisteuan del Puerto.

EN EL PLEYTO CON DON GERONIMO IVRADO DE QVINTANA, vezino de la ciudad deBaeça.

Impressa en Granada, Por Bartolome de Lorençana, *a la esquina de la calle del Pan , junto a la Real Chancilleria. Año de 1626.*



EDVZIDO el hecho deste pleyto a breue suma, contiene lo siguiente.

Lo primero, Antonio Iurado, y doña Catalina Quintana y Benauides fueron casados, y constãte su matrimonio adquirierõ muchos bienes raýzes, y no consta que a este matrimonio el dicho Antonio Iurado lleuasse capital alguno, aunque consta que la dicha doña Catalina su muger lleuò dote.

Lo segundo, que deste matrimonio tuuieron tres hijos. Vno Fr. Alonso Manuel de la Orden de San Geronimo. Otra, doña Catalina de Benauides, que fue casada con el dicho don Pedro de Poblaciones: Y a don Geronimo Iurado de Quintana Actor en este pleyto; y que auiendo muerto el dicho Antonio Iurado, el dicho Fr. Alonso Manuel se entrò en la dicha Religion de señor San Geronimo, y renunciò sus legitimas en la dicha doña Catalina su hermana.

Lo tercero, que la dicha doña Catalina de Benauides por el año de 609. antes q̃ ouiesse hecho particion con sus hijos, tratò de casar a la dicha doña Catalina su hija, y del dicho Antonio Iurado con el dicho don Pedro de Poblaciones, y el casamiento se assentò entre la dicha doña Catalina de Benauides, estãdo presente la dicha su hija, como resulta de prouanças, y entre don Iuan de Poblaciones hermano del dicho don Pedro, que aceptò las capitulaciones, aunque por el pleyto no cõsta que tuuiesse poder. La escritura que parece que se otorgò deste caso contiene relacion, que la dicha doña Catalina prometio a su hija, y se obligò que lleuaria a poder del dicho don Pedro de Poblaciones cinco mil ducados en dote, y en cumplimiento desto se los paga en los bienes que alli se expressan, apreciados en ciertos precios. En esta escri

tura

133

tura no entró, ni la otorgò la dicha doña Catalina, sino solo la dicha su madre, aunque (como está dicho) por prouanças consta que se hallò presente, ni tampoco consta que la aceptasse el dicho don Pedro de Poblaciones, aunque el dicho su hermano en su nombre, y prestando voz y caucion de rapto la aceptó: pero es cierto que en virtud deste trato tuuo efeto el matrimonio entre los dichos don Pedro de Poblaciones, y la dicha doña Catalina.

Lo quarto, que despues de contraydo el dicho matrimonio murio la dicha doña Catalina, suegra y madre de los dichos contrayentes, y del dicho don Geronimo, y por su muerte se hizo particion de sus bienes, y de los que auian quedado por muerte de Antonio Iurado su marido entre sus hijos, y para el hazerla truxo el dicho don Pedro de Poblaciones a colacion y particion los bienes que auia recibido en dote de la dicha su suegra, y se le hizo pago en ellos de lo que huuo de auer por la dicha particion de las legitimas paterna y materna que pertenecieron a la dicha doña Catalina su muger, y de las que pertenecieron a Fr. Alõso Manuel, y de las mejoras de tercio y quinto que sus padres le hizieron.

Lo quinto, que la dicha doña Catalina de Benauides, muger del dicho don Pedro de Poblaciones, dexando del dicho matrimonio vn hijo llamado don Fernando de Poblaciones, el qual murio a pocos dias despues de la muerte de la dicha su madre, por cuya muerte se trata este pleyto, en q̃ pretende el dicho don Geronimo de Poblaciones suceder en todos los bienes del dicho don Fernando, por dezir que son bienes troncales de los dichos sus padres: y pretende el dicho don Pedro q̃ no ha de suceder el dicho don Geronimo, sino q̃ a el le compete la sucesion del dicho su hijo, porque por auersele dado los dichos bienes en dote

apre-

apreciados con estimacion que hizo venta, adquirio el dominio dellos, y salieron del tronco, y que solo quedò deudor de cantidad, y assi le pertenece la sucession del dicho su hijo.

Conforme a este hecho, las dudas deste pleyto, de cuya resolució pende la determinació, son.

La primera, si la promesa de dote que hizo la dicha doña Catalina por la dicha su hija obró constitucion de dote verdadera.

La segunda, si por auerse casado la dicha doña Catalina con el dicho don Pedro de Poblaciones se induxo ratificacion de lo capitulado entre la dicha su madre, y el dicho don Iuan de Poblaciones.

La tercera, si el aprecio que de la dicha dote se hizo fue tal, que hizo venta y enagenacion de los dichos bienes: y q̃ en este caso de auer los dichos aprecios hecho venta, no tiene derecho el dicho don Geronimo a sacar los bienes de la dote por troncales, y pertenece la sucession al dicho don Pedro de Poblaciones.

La quarta, si por auer conferido el dicho don Pedro los bienes de la dote en la particion se perjudicò el derecho que auia adquirido por los dichos aprecios.

Con la resolucion de las quales dudas se fundará la justicia del dicho don Pedro de Poblaciones concluyentemente.

PRIMERA DVDA.

EN quanto a la primera duda, es necessario aduertir la distincion que se deue hazer de vna parte de los bienes de la dote, que fue la que pudo pertenecer a la dicha doña Catalina de Benauides muger del dicho don Pedro de Poblaciones, de Antonio Iurado su padre, que conforme al testimonio de la particion, y adjudicacion, que se le hi-

zo

zo mejora, y legitima de ſu padre, monta 1200 U
mrs a la otra parte de bienes que la dicha ſu madre le dio: porque en quãto a eſta parte de bienes viene a ſer el caſo ſin diſputa, que la madre pudo legitimamente por conuenciõ y pacto dotarla de ſus bienes, y hazer los aprecios que cauſaſſen, y hizieſſen verdadera venta, y transfirieſſe dominio en el dicho dõ Pedro de Poblaciones: porque reſpeto de eſtos bienes, que eran ſuyos, y no pertenecian a la hija, el contrato de conſtituciõ de dote no tuuo dependencia del conſentimiento tacito, ni expreſſo de la hija, ſino de ſola la conuencion, y concierto de la madre; y aſsi en eſta parte, que viene a ſer mas de la mitad de la dote, ni ſe puede poner en diſputa, que la madre lo pudo hazer, ni que el aprecio hizieſſe verdadera venta: y el no auer tenido la ſentencia reſpeto a eſto, entendemos que nacio de poca explicaciõ del Relator en el caſo del pleyto.

Los de la madre son 1200 U mrs

+ 1200 U mrs.

¶ En la parte de bienes que pudo tocar a la dicha D. Catalina de los bienes de ſu padre, viene a cõſiſtir ſolo la duda, en ver ſi la madre dandole a la hija en dote ſus miſmos bienes apreciados le pudo perjudicar, para q̃ el tal aprecio hizieſſe venta.

¶ Y por parte del dicho don Geronimo, para fundar que no pudo, ſe alegarán las reglas ordinarias de la *l. mater, vbi communiter DD. C. de rei vind.* y de la *l. 1. & toto tit. C. ſi res alien. pig. data ſit*, in terminis *Iaſſ. conſ. 208. n. 1 lib. 2.* dõde ſe prueua, que la enagenacion, o obligacion de los bienes agenos no conſiſte ſin voluntad de ſu dueño, y que ſiendolo la hija, la conſtitucion de dote hecha por la madre con aprecio no puede cauſar enagenacion en perjuyzio de la hija.

¶ La euaſion y reſpueſta deſte fundamento en los terminos de eſte pleyto es facil, y con ella ſe funda la juſticia de don Pedro de Poblaciones; para lo qual ſe aduierte. Lo primero, lo q̃ dexamos

dicho en el presupuesto primero, de que el dicho Antonio Iurado no consta que tuuiesse capital, y assi todos los bienes fuera de la dote de su muger se han de tener por multiplicados en el matrimonio, *l.1.tit.9.lib.5.recop.*

Lo segundo, que por toda la contextura del pleyto no consta que quando la dicha doña Catalina de Benauides casò con el dicho don Pedro de Poblaciones fuesse menor de 25. años, para que de no serlo no se pueda valer la parte contraria del fundamento, en que su abogado contrario hizo tanta fuerça en estrados, diziendo, que aunque la misma doña Catalina se dotara, y no la dotara su madre, no pudiera por el aprecio hazer venta sin informacion de vtilidad, y decreto de juez, *Surd. decis.287 per totam, Stephan. Gratian. discept.583.n.3. Barbosa in l.1. 1.p.ff. soluto matri.n.25.* Porque para valerse deste fundamento le incumbia a la parte contraria la carga de prouar que era menor; porq̃ todas las vezes que la menor hedad se propone, o en fuerça de accion, o excepcion ad consequendum aliquod beneficium, el que lo propone deue prouar la menor hedad, *Bald. cons.418. circa mediũ, vers. & nota, lib.2. & cons.66. in fin. vers. illud certum, lib.3. Ancharr. cons.440. nu.2. Alex. cons.149. n.16. lib.5. per tex. in l. cum de ætate ff. de probat.* aliás præsumitur pro contractu facto ab illo qui prætenditur minor, *Bald. cons.148. in fin. num.14. lib.1. Bart. cons. 92. in prin. lib.1.* y no constando en este pleyto de la menor hedad, no se puede hazer fuerça ni apoyo de la justicia en el dicho fundamento, y assi no tratamos de la respuesta que pudiera tener, ex traditis à *Barbos. vbi supra, Bald. cons.199. ante finem, vers. sed quia ista interpretatio, num.5. lib.3.* vbi cõcludit, quod minor sine decreto iudicijs puede constituyr dote, in rebus immobilibus si nupserit pari coetaneo, & benemerito, præcipué si matrimoniũ fuisset laudatum à propinquis, & cum eorum cõ-

silio,

silio, quod etiam voluit Paulus de Castro, in *l.1.n.4. C. si aduersus dot. & post Iacob. de Arenis, & Iacob. Butrig. Salicet. ibidem Tiraq. de leg. connub. l.9. glos.8. num.198. Laderch. cons.66. num.10. in fin.*

Con estas aduertencias dezimos, que siẽdo todos los bienes que la dicha doña Catalina mandò en dote a su hija multiplicados constante el matrimonio con el dicho Antonio Iurado, no auiendose diuidido ni partido despues de la muerte del susodicho, la madre pudo dotar a la dicha su hija de los dichos bienes multiplicados, y con el aprecio hazer verdadera venta, sin tener necessidad del consentimiento tacito ni expresso de la dicha su hija, ora fuesse menor, ora mayor: lo qual se prueua con este discurso.

Conforme a la *l.8. tit.9. lib.5. recop.* està dispuesto, que si constante el matrimonio el marido y la muger dotan a alguno de los hijos, esta dote se ha de pagar por quenta de ambos de los bienes gananciales: y si el padre dota solo, auiendo bienes ganānciales, se ha de entẽder que lo haze de ellos. Dotando el padre, en el caso desta ley, y dando los bienes apreciados, ninguno ha dudado que el tal aprecio haga venta. Del disponer la dicha ley, que el padre pudiesse dotar solo de los bienes multidlicados, sin disponer si lo pudiesse hazer la muger ò no en ausencia del marido, vinieron a tratar los DD. del Reyno esta question, si podra hazer lo mesmo la muger absente marito. Y la resolucion es, que por ser correlatiuos marido y muger, lo dispuesto por la dicha ley en el marido, lo puede la muger hazer sola marito absente: porque en efeto el dotar los hijos es deuda que se contrae constãte matrimonio, y que concierne a la compañia que entre si tienen marido y muger, y assi se ha de pagar de los bienes comunes, aũque dote la madre, vt in terminis resoluit *Azeued. ex Castill. Greg. Lop. Matienç. Couarr. Baeça in d.l.8. tit.9. lib.5. recop. n.19.*

la

la qual resolucion es conforme a razon y toda equidad: por manera que resueluen, que lo dispuesto por la dicha ley en el marido ha lugar en la muger que dota sus hijos.

Desta resolucion nace otra, con que se funda nuestra pretension, y que dezide esta primera duda; y es, que como la dicha ley en su disposicion habla en caso que la dote se dè o constituya constante matrimonio, vino a dudarse si seria lo mismo, y podria el padre dotar a la hija de los bienes comunes disuelto el matrimonio por muerte de la muger ante factam diuisionem bonorum. Y resueluen los Doctores del Reyno, que lo podrà hazer disuelto el matrimonio de la misma manera que constante: y porque *Azeued.* disputa este punto alegando el pro y contra, nos contentaremos con referir sus palabras en la dicha *l.* 8. *numero* 18. ibi: *Durante el matrimonio, quid tamen si eo soluto pater dotet filiam illius matrimonij, ex quo extant lucra an erit dos soluenda, ex ijs bonis communibus lucratis constante illo matrimonio, an verò ex bonis ipsius patris dotantis, & dicendum est, quod sic ac si dotaret constante matrimonio, secundum Couarr. lib.* 3. *var. c.*19.*n.*3. *vers. ex quo infertur, vbi dicit, ita frequentiori iudicum suffragio receptum esse, & idem tenet glos. comunales, in l.*6. *tit.*10. *p.*5. *& Castill. hic n.*2. *ita sentit latè Baeza*, optimè hanc partem fundans, & respondés contrarijs, *de dotibus filiarum, c.* 11. *n.* 97. *cum seqq.* aliquibus quidquid post voluerit *Castill. hic n.* 24. *Ant. Gom. n.*24. *ad finem*, prout post hæc vidi relatũ per *Matienç. in gloss.*7. *leg.*3. *n.*9. *&* 10. *tit.*9. *nostro, & facit vltra eos, nam si ratione societatis contractæ inter virum, & vxorem censetur dispositionem huius legis nostræ processisse, si tenemus primam rationem ad legem nostram in principio, eius per nos assignata societasq; hæc nisi aliud per maritum protestatum sit, etiam post mortem vxoris cẽsetur durare, & hos titulo dictum remanet, merito tenendum est, quod etiam soluto matrimonio soluenda sit dicta*

dos

dos per patrem promissa filiæ cōmuni ex dictis lucris, prout voluit tenere Couarr. vbi sup. item quia vt inquit Baeça vbi supra, & in hac lege diximus dimidia pars lucrorum cōstante matrimonio parti vxoris defunctæ pertinens afecta videtur onere, illo filiam dotandi ex quo vxor acceptat lucra, & cum lucrum ipsa, & hæredes eius sentiant nimirū si, & onus sentire debeant.

De modo, que lo mismo que resueluen q̄ puede hazer el padre dotando la hija constante matrimonio, afirman que puede hazer etiam matrimonio disoluto per mortem vxoris; y desta misma resolucion infieren, que lo mismo podrá hazer la muger muerto el marido, vt ibidē prosequitur *Azeued.* hisce verbis: *Sed id quod in patre dictum est dotante soluto matrimonio filiam communem, erit dicendum in matre dotante filiam communem mortuo marito, vt dimidia dotis computetur in parte lucrorum marito, & hæredibus eius pertinente, & videtur quod idem sit in matre, quod est in patre nam militat eadem ratio, &c.* sequitur *Azeued. Morquecho de diuis. bonor. lib. 2. cap. 17. n. 13.* ibi: *Et idem seruandum est in matre soluto matrimonio dotante cum in ea eadem ratio, quæ in patre militet, vt in l. à Titio, ff. de verbor. oblig. l. illud, ff. ad leg. Aquil.* quia onus dotandi, vt debitum constante matrimoniū contractum, & causatum lucra durante matrimonium facta sequitur, & in hanc opinionem expēdit *Castill. Couarr. Greg. Lopez, Matienç. Baeça.*

In cuius comprobationem expendi potest opinio DD. tenentium, quod filia vnius ex socijs omnium bonorum dotanda est de communi, quod expresse videtur probare, in *l. si socius pro filia, iuncta glo. 1. in vers. Verum, ff. pro socio*, quatenus intelligit dictam legem, quod quando non interuenit pactū de dote danda si dos filię vnius sociorum, antequā societas solueretur data fuit societati imputatur, & ita intelligit dictam legem, *Anton. de Butr. cons. 7. Ruin. cons. 104. n. 11. vol. 1. vers. Sed & præcedētis, quos refert & sequitur Roland. cons. 91. n. 40.* quam opinio-

nem sequuntur plures quos refert *Roland. in dict. cons.91.n.45.46.& 47.* & eam dicit communem *Decius, cons.66.col.4.* & magis communẽ *Menoch. cons.375.n.11.& de arbitra.lib.2.casu* 127.*n*.3.sequitur *Greg. Lopez in l.6.glo.verbo, comunales, in vers. Et hoc videtur, tit.* 10.*p*.5. vbi tenet idem seruandum fore in societate omniũ bonorum tacité contracta, quia militat eadem ratio; como en el caso que los hermanos, o la madre, y los hijos in communi hæreditate remanserunt fructus, & quæstus in communi ponentes, & lucra participantes nulla diuisione facta, vt considerat *Angelus, cons.* 112. *Bald. in l. si patruus, col. fin. C. com. vtriusq. iudic. & in cõs.* 19.*vol.*1.*& cons.*452.*lib.*3.*Riminal. cons.*466.*n.*29. *cum seqq.*

La qual resoluciõ se adapta a los terminos deste pleyto, y de lo que queda dicho, que resueluen los DD. del Reyno: porq̃ si por muerte del dicho Antonio Iurado los bienes quedaron indiuisos en comunidad, y la compañia en este caso se entiende continuada, y la obligacion del dotar nacida del tiempo en que estaua constante el matrimonio, no se puede dudar que la madre en estos terminos pueda dotar la hija de los bienes comunes de la compañia, y que el contrato fecho por ella no tenga dependencia de la voluntad de la hija, sino que la constitucion de dote fecha por la madre consistat de per se, y los aprecios de los bienes en que pagò los cinco mil ducados de la dote que prometio, hagan vẽta como si no se dieran de bienes comunes.

Y esto parece que se comprueua con vna razõ ineuitable, porque ante factam diuisionem, aunq̃ la hija tenia derecho a los bienes del padre no lo tenia indiuidual y destinadamente a los bienes q̃ le dieron en dote: porque en la diuision se le pudiera adjudicar precio, y no bienes, *l. item labeo.* §. *cum l. antepenultima. ff. famil. hercis. l.1. l. ad officium. ff. com-*

137

ff.commun.diuid.l.fin.tit.15.p.6. Y como, si la madre auiendole prometido cinco mil ducados en dote se los diera en dineros, tuuiera obligacion la hija a computarlos en los bienes que auia de auer de sus herencias, auiendole fecho la dicha promesa de cinco mil ducados, y pagadolos en los bienes que le dio apreciados, la dote consistio en cantidad, y no en bienes, porque estos passaron al dominio del marido, *Surd.decis.99.n.9. Roland. consil. 92.n.9.vol.2.glos.in l.si inter, vbi DD.C.de iure dotiũ.*

Por manera q̃ sin necessidad del consentimiento de la hija, e independente del la dicha constitucion de dote fecha por la dicha doña Catalina de Benauides de los bienes que pudieron pertenecer a la dicha su hija por herencia de su padre adquiridos constante el matrimonio, obrò verdadera vẽta, y translacion de dominio de los bienes de la dicha dote, para que se tengan por enagenados, y fuera de la familia.

SEGVNDA DVDA.

QVando las dichas capitulaciones, y escritura de capitulaciõ, y entrega de dote tuuiera necessidad del consentimiento de doña Catalina, y don Pedro de Poblaciones su marido, para que los aprecios en ella contenidos hizieran verdadera venta, este consentimiento, aprouacion, y ratificacion de las dichas capitulaciones està manifiesto que le huuo en ambos. En el dicho don Pedro de Poblaciones, por auer entrado en la possession de los bienes, y celebrado el matrimonio concertado por la dicha escritura. En la dicha doña Catalina, por auer celebrado el dicho matrimonio, por la ciencia que està prouada que tuuo del trato, y porque no contradixo la dicha escritura.

En quanto a la aceptacion, y ratificacion de las dichas capitulaciones fecha por el dicho don Pedro

dro de Poblaciones, presuponemos que la ratificacion de vn acto se induze no solo con palabras que expressamente lo confirmen, sino cō hechos, & magis facto quam verbis ratificationem fieri, probat *tex. in l. Paulus. ff. rem ratam hab. l. si tamen. §. ei qui. ff. de edilic. edict. l. de quibus, in fin. vbi Bald. ff. de leg. cap. dilecti fili, & ibi gloss. in verbo, facto, de appella. Alex. cons. 118. col. 2. lib. 5. Decius cons. 232. col. 2. & cons. 58. n. 2. & 297. col. 1. Ioseph. Ludouis. decis. Perus. 35. Rotta Genuen. decis. 6. n. 9. & decis. 119.*

Y vno de los actos mas precisos que induzen la ratificacion y consentimiento de la dicha constitucion de dote en el dicho dō Pedro de Poblaciones, es auer aprehendido y tomado la possession de los bienes que la dicha su suegra le mandò en dote, gozadolos, y desfrutadolos todo el tiempo que durò el dicho matrimonio, y hasta oy: y no auiendo tenido otro titulo ni causa de acquisicion que la dicha promesa y entrega de dote para posseer y tener los dichos bienes, ex eo solū fue visto ratificarla, y aprouarla, porque su hermano la capitulò en su nombre, vt eleganter considerat *Decius dicto cons. 58. num. 2.* ibi: *Nam qui fructus percepit ex rebus acquisitis ratificare acquisitione intelligitur, vt Alex. tradit in cons. 88. incipit in causis, & litibus, col. penultim. lib. 5. vbi allegat l. litibus. C. de agricol. & cēs. & dominos de Rotta, in decis. 146. in cap. item licet amicus facit, decisio penulti. Rottæ, in titulo de procurat. in nouis. Decium, & alios, sequitur Bursat. cons. 118. n. 16. & 17.* præcipuè ibi: *Vtique ex titulo acquisitionis præcedentium stitisse, & possedisse censetur*, vbi pluribus in id adductis hanc veram ratificationem probat.

Siendo como es regular, que auiendo entrado a posseer la dote como acto consecutiuo a la promesa, es preciso que sea visto aprouar la misma promesa, y constitucion de dote, qui enim vult consequens videtur enim velle omne antecedens necessarium, *cap. cum quid. de reg. iur. in 6.* & ratificare

videtur

videtur contractum quicumque, ex eo percipit emolumentum, *l. Iulianus. § fin. ff. ad Maced. Surd. cons. 28. n. 20. & 21.* porque no cabe en buen sentido que se pueda atribuyr el acto de posseer a otra causa, sino a aquella sola que lo puede justificar; y es cosa indubitable, que de esto se induze ratificacion de la misma causa con que se entrò a posseer con todas las calidades y circũstancias puestas en en el contrato que se tiene por ratificado, *Bald. in l. multum interst, num. 5. C. si quis alter, vel sib. Socin sen. cons. 127. num. 10. in fin. vol. 3. & cons. 125. num. 2. & seqq. eod. vol. Natta cons. 636. num. 195. quos refert & sequitur Bursat. cons. 174. n. 24.*

Ex eo etiam, se induze ratificaciõ del dicho dõ Pedro de Poblaciones, y tambien de doña Catalina de Benauides su muger, de la ciencia que se presume que tuuieron del dicho contrato, vt eleganter considerat *Stephan. Gratia. discep. 362. n. 7. & seqq.* que porque es alegacion en terminos, y comprouada con muchos DD. se pone a la letra, ibi: *Et facit quia probatur etiam dotem fuisse constitutam, ex coniecturis, Honded. cons. 83. numer. 34. lib. 1. cum alijs per Nattam cons. 581. num. 12. vsque ad num. 16. Maçar. cons. 20. num. 7. fol. 4. & 5. Bald. in l. cum Titia, &c.* & ibi: *præterea cum præsumatur vxorem habuisse scientiam huiusmodi dotis, nõ poterit per eam allegari nõ fuisse constitutam agitur enim de facto patris, & mariti, quod præsumendum est scire per coniunctum, l. octaui, in fin. ff. cond. cognat. quod procedit non solum respectu eorum, quæ respiciunt iura sanguinis, sed etiam contractum, & negotiorum accedente maximè coabitatione, Alex. cons. 213. num. 12. lib. 2. Beccius cons. 6. num. 11. & cons. 47. num. 23. Ruin. cons. 50. num. 17. lib. 1. & continua conuersatione, Aimon cons. 168. num. 6. Roland. cons. 19. nũ. 41. & 42 lib. 1. & cum dos soleat communicari vxoribus, ex qualitate facti magis præsumitur scientia, c. quanto, de translat. prælat. Rimin. iun. cons. 74. num. 34. lib. 1. ideò præsumitur factum, quod consueuit fieri, Bald. in rubri. C.*

*de fide instrum.num.8.in fi. maximè cum vxor præsumatur scire, quod scit maritus, l.aut qui aliter. §.sed & servius.ff.quod vi aut clam, Guillier.Laud.sing.119.& omnes prædictas circunstantias in specie dotis à marito habitæ ad hoc, vt vxor dicatur dotata, considerat Surd. cons. 419.numer.4.vsque ad 8.lib.4.ita ex istis omnibus non posset negari scientia vxoris, cum illa etiam probetur coniecturis, Aimon cons.193.num.7.Natta cons.231.nu.2. Alex.cons.187.n.13.lib.2.&c.*eleganter etiam considerat *Menoch.cons.229.num.26.& cons.189.nu.10.* principalmente siendo este acto vtil a la mesma muger, quia mulierum interst stimatas res maritis tradi propter periculum, vt considerat *Molino de ritu nupt.lib.3.cap.57.n.24.*

Induzese tambien de auer contraydo con efeto el dicho matrimonio, argum.*l.reprehendenda, C. de instit.& subst.* ibi: *Porro voluntatem eius diuortio comprobasti.* Donde se prueua, que la condicion puesta en la institucion a la hija si se apartasse de su marido, eo ipso que se apartò, videtur ratificata; como ni mas ni menos es visto aceptarse la herencia con hazer actos de herederos, *vt ex communi ad inducendam scientiam, & ratificationem contractus, considerat Bursatus, dicto cons.174.n.21.* ibi: *Ex communiori de qua superius magis sequuta facti in mixtione hæreditate, ex doctrina eiusdem Bald.in l.eius qui in prouincia, ff.si cert. petat. in terminis comprobat decis. Rottæ diuersorum 89. n.11.2.p.*ibi: *Secundo pro responsione nõ displicebat illud fundamentum, quod olympia promisionem dotis ratificauerit, ex quo posteà matrimonium contraxit, neque obstat, quod non probatur olympiam sciuisse huiusmodi dotis promisionem, sine qua scientiæ ratificatio nõ potest induci, quia cum matrimonium regulariter sine dote non constituatur sequitur, vt olympia ratificando matrimonium ratificauerit, etiam quancumque dotem sibi constitutam, & hoc casu videtur hæc cogitatio in genere sufficere, vt benè per Alex. cons.146.n.12. lib.5. maximè quia vt Alex. ibi considerat, hæc dotis constitutio erat vtilis ipsi olympiæ, &*

tanto

tanto magis quod à solitis & à verisimili res huiusmodi satis inotescunt, & ratificationem ex verisimili, & ex communiter accidentibus colligi, inquit Socin.iun.cons.48.n. 11.*lib*.2.in eiusdem terminis sequitur resolutioné huius decisionis *Gratian. discepta.foren.* 706.*nu*.9. *Surd.cons.*28.*n*.21. & elegans *decis. Manticæ* 13. *n*.5. *ibi, ali verò ex dominijs ac ratione inducti sunt, quod renũtiatio facta à matre nomine filiæ valeat, quia filia ipso facto ratam habuiesse intelligitur, l.Paulus, ff. rem rat. hab.* & infra ibi: *Cum Domino Geronymo matrimonium contraxit cui à matre nomine filij fuit facta promisio dotis, cũ expressa renuntiatione lucri, &c.* & infra num.7.ibi: *Et ideo si quis approbat contractum, intelligitur approbare cũ omnibus suis qualitatibus*, vbi id iuribus, & authoritate comprobat; que son dotrinas en terminos terminantes para resoluer, que el contrato de promesa de dote fecho por la madre de bonis filię secuto matrimonio, queda aprouado y ratificado por los contrayentes, con todos los pactos y calidades del.

Inducitur etiam approbatio, & ratificatio dicti contractus ex eo solum, que la dicha doña Catalina de Benauides tuuo ciencia del, y no lo contradixo ciécia, que está prouada con testigos de auerse hallado presente, y ciencia presumpta de auer hecho los actos del contraer matrimonio debaxo de la constitucion de la dicha dote, que es bastante para prouar la ciencia, ex communi relata *à Bursat.d.cons.*174. *nu*.20. *vers. Secundo admissa*, por no auer contradicho el dicho contrato, pars enim est ratificationis, non in probare actum gestum, *gloss. verbo, comprobare, in l. quo enim, ff. rem rat. hab. vbi Bartol.* cum ex acto subsecuto in executionem primi censeatur, primus ratificatus, *Franch.decis.*105.*n*.4. *pluribus comp.de præsump.Menoch. præs.*39.*n*.9. y esto procede en la constitucion de dote con particular razon, in qua sola non contradictio habetur pro ratificatione, ex traditis in terminis *à Barbos.in l.*2.

§.*fin.*

§.*fin.ff.solut.matrim.n.3.* id eleganter comprobans, ibi: *Item ex prædictis infertur in hac materia, non opus esse tractare articulum Vtrum tacens præsumatur consentire, cum enim in ea sufficiat, non contraditio frustra suscipitur prædicta quæstio quamuis id non perceperit, Zasius hic n. 3. illud igitur potius inquirendum venit, qua nam ratione constituerit Iuriscon. & in hac materia non requiratur cōsensus, sed sufficiat non contradictio, &c.*

Induzese ansimismo ratificacion de auer sido la dicha doña Catalina de Benauides heredera de la dicha su madre, la qual auiendo prometido al dicho don Pedro de Poblaciones 5U.ducados de dote, y pagadoselos en los dichos bienes apreciados con aprecio que hizo venta, està obligada precisamente a ratificarla aliâs constitueretur in dolo, eleganter *Afflict.decis.285.num. 10. & 11. Boerius decis.23.n.13.Mantic.decis.dict.decis.13.num. 2. vers. secundo dicebam.*

Sin que a esto se pueda oponer, que eo ipso que la madre murio fuit ius quæsitũ a los que han de suceder por el tronco, y que la ratificacion no puede obrar en perjuyzio del tercero; cui medio tempore fuit ius quæsitum; porque esto no es a proposito en el caso deste pleyto: porque dexando la dicha doña Catalina viua a su hija, ipsi soli delatum fuit ius hæreditatis, sin que en este tiempo tuuiessen los parientes troncales esperãça proxima ni remota de suceder, quanto mas derecho.

Mayormente auiendo la dicha doña Catalina dexado hijo heredero a quien tambien se defiria la herencia: por manera que quando aliàs por todos los actos fechos en vida de la madre no se pudiera induzir ratificaciõ, era preciso y necessario q̃ luego q̃ la madre murio, y la dicha doña Catalina acepto su herencia, el cõtrato y constituciõ de dote fecho por la madre, y el aprecio de los bienes ad inducendam venditionem quedasse ratificado, y aprouado, ac si ipsa filia expressè cõsensisset, por

la

140

la obligaciõ precisa que tiene el heredero de aprouar, y ratificar los actos del defunto, principalmẽte no siẽdo el acto dañoso, ni causando perjuyzio a su derecho.

Y con mayor razon procede todo lo arriba referido, estando prouada la costumbre de que en semejantes actos de dotar a las hijas donzellas, aunq̃ sea de sus proprios bienes no interuienen ellas en las escrituras, y capitulaciones; quod amota consuetudine de honestate deberet seruari: porque no es acto decẽte a vna donzella hazer los pactos y capitulaciones de su matrimonio con el que ha de ser su marido, ni de los que por su parte se hallã a el, sino que lo hã de hazer los padres, o deudos, y esto se tiene por lo mas honesto y decente, y lo que estos hazen se tiene por mas vtil, y de mayor conueniencia. Præcipuè, si lo haze vna madre, en quien el derecho presume, quod bonum consiliũ capit pro filia, *l. fin. C. de curator. furios.*

Vnde consequitur, que si por la cõstituciõ de dote fecha por la madre đ bienes suyos proprios, no pudiera dudarse q̃ los aprecios en ella fechos hizieran verdadera venta de los bienes que dio en dote; tampoco se puede dudar, que induziendose consentimiento y ratificacion por lo que queda considerado, los bienes quedaron enagenados, y fuera de la familia, quoties enim quis ratificat alienationem perdit ius, & dominium suum, & acquiritur emptori, *l quidam. ff. de euictionib. l. 1. & 2. C. de reb. alien. non alien. Bursat. cons. 160. num. 46.* y auiendose adquirido este derecho en los bienes que se dieron estimados al dicho don Pedro de Poblaciones, los bienes rayzes que se dieron perdieron la naturaleza de dotales, y vino a consistir la dote nõ in bonis, sed in pecunijs, vt sup. probauimus ex Doctoribus ibi allegatis.

Ex quibus no obstan los fundamentos que se consideraron en la primera duda de la l. mater. C.

de rei vind. y del consejo de Iass. ex sequentibus.

Lo primero, porque en quanto a los bienes q̃ a la dicha doña Catalina no pudieron pertenecer por la herencia de su padre, sino que es preciso q̃ los dio la madre de los suyos, los fundamentos dichos no hazen contradiciõ, quia mater potuit de suo dotare, & facere veram vẽditionem, y no huuo necessidad de consentimiento, ni ratificacion de la hija, vt probat *Mantic. dict. decis. 13. nu. 2. vers. secundo dicebam*, y assi en la parte destos bienes, q̃ son mas de vn quento de marauedis, por ningun camino se puede justificar la sentencia de vista.

Lo segundo, porque los dichos fundamentos no son aplicables a este caso, porque en los terminos de la ley del Reyno, y resolucion de Doctores que quedan considerados en la primera duda, la madre puede dotar a la hija de los bienes comunes adquiridos constante el matrimonio sin necessidad de consentimiento de la hija, y como si fuera dada por el padre en bienes apreciados hiziera verdadera venta sin consentimiento de la hija etiam soluto matrimonio, & mortua matre, ni mas ni menos lo pudo hazer la madre mortuo patre, præcipuè ante factam diuisionem, y en tiẽpo que no estauan los bienes conocidos, y assignados a la hija.

Lo tercero, porque aun en los mismos terminos de los dichos fundamentos la enagenacion q̃ resultò de los dichos aprecios valio, porque todos hablan quando la madre dotò a la hija de sus bienes, absente, vel ignorante filia, secus vero quãdo ipsa præsente sciente, vel consentiente, quia tunc valet constitutio dotis facta à matre, etiam de proprijs bonis filiæ, y assi entienden todos los Doctores el texto en la dicha l. mater, y lo prueuan las palabras del, ibi: *Inuita vel ignorante te*, vt notant ibi *Bart. Bald. & Salicetus*, y Iass. en el consejo que por la parte contraria se alega. Vnde, si hemos

fun-

fundado que en los terminos deste pleyto no solo no ay contradicion, pero consentimiento, y ratificacion por actos, que precisamente la induzen, y obligacion y necessidad de ratificarla; vtilidad en la ratificacion; por los mismos fundamentos contrarios se comprueua la pretension del dicho don Pedro de Poblaciones.

TERCERA DVDA.

EN quanto a esta tercera duda, aunque es verdad, que muchas vezes la estimacion que en las promesas de dotes se haze de los bienes dotales, suele no causar venta, como es quando se haze para otro fin; nempe ad cognoscendum valorem rei, vt probari possit si posteà à marito res deteriorentur, vt habetur apud *Iassonem, in l. ex conuentione, nu. 3. C. de pactis, & in numeros alios relatos à Menochio, in lib. 3. præsump. 84. à n. 15. cum sequentibus*: Dōde tambien pone otros casos, qui apud ipsum videri possunt. Nada desto procede, ni puede proceder en este negocio, y cō llaneza se puede afirmar en el, que la estimacion destos bienes dotales hizo y causó verdadera venta dellos.

Quod patet, porque en la dicha escritura lo que se le prometio al dicho don Pedro de Poblaciones en dote, no fue especie, sino cātidad de cinco mil ducados en los dichos bienes, que para henchir y llenar la dicha cantidad se estimaron y apreciarō, y no para otro fin ninguno; y esto consta claramēte de la misma escritura, ibi: *Y que la dicha su hija lleue a su poder en dote por bienes suyos proprios dotales, dados y entregados de su propria mano, cantidad de cinco mil ducados en los bienes; e segun, e de la forma, e manera que en esta escritura se dirá.* Et inferius ibi: Y para ello desde luego le señala en los dichos cinco mil ducados por hazienda propria de la dicha doña Catalina de Quintana su hija, que aya de lleuar y lleue a poder

der

der del dicho don Pedro de Poblaciones con quiē se ha de efetuar el dicho casamiento, los bienes de yuso contenidos en la estimacion y precio que se sigue. Y en este caso quando præcedit promissio dotis in certa quantitate, & posteà in solutum dictæ quantitatis tradita sunt marito bona immobilia, fit sine dubio vera emptio, & venditio rerum dotalium, prout ex commune omnium Doctorū traditione habetur, teste *Corneo, in cons. 15. n. 4. vol. 2. Alexandro, cons. 5. prope finem. Socino seniori, cōs. 69. n. 5. vol. 4. & Iuniori cons. 141. n. 4. & 7. lib. 1. resoluit Couarrub. practicarum quæstio. c. 28. per totum, præcipuè n. 1. & Menoch. qui alios refert in d. præsumpt. 84. lib. 3. n. 6* Et in dubio regulare est, quod semper præsumatur vera emptio, & venditio rerum dotalium æstimatorum vbi alium expressum non est, vt *in l. quoties, C. de iure dotium, gloss. in l. si inter virum, C. eod. tit. l. plerumque, ff. eod. l. ex conuentione, C. de pact. tradit latè Couarr. vbi supra, & ex professo Menochius, in d. præsumpt. 84. à n. 1. cum sequentibus, & latè Ioannes Gutierrez, in cons. 17. à n. 20. cum pluribus seqq. Hippolytum Riminal. in tit. quibus alien. licèt, vel non, n. 34.* & in hoc non licèt immorari, porque es cosa llana, y comun resolucion de todos; y segun esto no puede auer duda, de que los bienes contenidos en la dicha escritura de promesa de dote, passassen en virtud della al dominio del dicho don Pedro de Poblaciones, y saliessen de la familia de la dicha doña Catalina, y de que solamēte quedò en obligacion la restitucion del precio y cantidad que se prometio en la dicha dote, y en que se hizo la dicha estimacion.

Y no obsta a esto, que no aya hecho el dicho don Pedro de Poblaciones escritura de dote, en q̃ se obligasse a la restitucion della: Porque segun la comun resolucion que està referida, para que la promesa de dote estimada cause verdadera venta, no es menesterque concurra juntamente con ella

la

la obligacion q̃ el marido ſuele hazer de reſtituyr la dicha dote, ni ay Autor que tal eſcriba, eo enim ipſo que ſe le prometa al marido la dote eſtimada, y el la reciba, queda obligado a la reſtitucion ſegun la naturaleza del contrato, y ſolamente ſe acoſtumbra a hazer la eſcritura de dote, y obligacion de reſtitucion della para mayor fuerça.

Y por eſta razon en muchos caſos en que ſolamente ay eſcritura de promeſa de dote, y ſe la ha dado y entregado al marido ſin que el haga carta, ni obligaciõ expreſſa de reſtituyrla; no ſe duda de q̃ en virtud de la dicha eſcritura de promeſa, y de auer recibido la dicha dote, eſté obligado a la reſtitucion della; pues aun en caſo q̃ la dote ſea ſolamente confeſſada eſtà tambien obligado. Y ſegũ eſto, ſi es verdad que la obligacion del marido ſe ha de regular conforme al contrato, en que ſe le promete, y dá la dote de tal manera, que ſi ſe le dà en eſpecie, quede obligado a la eſpecie, y ſi en cãtidad y eſtimacion, quede obligado al precio. ſiendo el contrato y promeſa de dote deſte pleyto deſta calidad ſegunda (como eſtá probado) claro eſtà que el dicho don Pedro aunque no aya hecho eſeritura de dote, quedò obligado a la reſtitucion de la que le prometieron en la forma dicha.

Mayormente que eſto ſe haze mas claro, porq̃ en la dicha eſcritura de promeſa de dote que ſe hizo con el dicho don Iuan de Poblaciones, el en nõbre del dicho don Pedro ſu hermano ſe obligò de que haria y otorgaria carta de dote en forma, y ſe obligaria a la reſtitucion della. Y ſi en otros qualeſquier contratos, aunque no ſean fauorables, la promeſa de obligar ſe tiene por verdadera, y efectiua obligacion, adueniente die, quæ obligatio promiſſa fuit, vt originaliter ſcripſit *Ioannes Andrea, in additionib. ad Specul in tit. de obligatio. & ſolut. ſuper rubrica, in princ. quẽ ſequuti ſunt Couarr. in c. quãuis pactum, de pact. in 6. in princ. 3. p. n. 3. Caldas Pereira, in*

 l. ſi

l. si curatorem habens, vers. Contractum fecisti, nu. 28. Azeued. Matienç. Pinel. Iulius Clarus, & Auendañ. aliją; in numeri, quos veram dicens sententiam refert nouissimè *Ioannes del Castillo, in lib. 2. rerum quotidianar. c. 3. per totum, præcipuè nu. 8. cum sequentibus,* vbi hoc planios hodie procedere inquit ex nostra Regia decissione, *l. 2. tit. 16. lib. 5. nouæ recopilat.* Cō quanta mayor fuerça y razon procederá esto en el contrato de la dote, teniendo como tiene tan especiales fauores y prerrogatiuas, para que quien promete obligarse a la restitucion della, en caso q̃ la aya recibido, y el matrimonio se siga, como aqui se siguiò, se tenga por obligado precisa y eficazmente, como si en la misma promesa de obligarse estuuiera expressa la escritura y obligacion de restitucion de la dote.

QVARTA DVDA.

EN quanto a esta quarta duda bien concedemos, que en la particiō que se dizo de los bienes que quedaron por fin y muerte de los dichos Antonio Iurado, y doña Catalina de Quintana su muger entre sus hijos y herederos, se estimaron tambien y apreciaron los bienes rayzes de la dote de la dicha doña Catalina de Benauides, y que por la dicha particion se le adjudicaron y dieron en los precios en que fueron estimados. Y concedemos tambien, que la particion y diuision que se haze entre los coherederos, es vn cōtrato innominado que vnas vezes se compara a venta, y otras a permutacion, *vt in l. 1. & in l. si fratres. C. commu. vtriusq; iudicij, l. si familiæ. C. famil. hercisc und. Corneus cons. 42. vol. 1. lib. 4. & Matient. in l. 11. gl. 8. n. 3. in fin. tit. 11. lib. 5. nouæ recop.* Y que todas las vezes que se haze diuision, y se traen a colacion bienes recibidos, se haze como vna commixcion y confusiō de todo, para hazer primero el cuerpo que las partes, vt in

l. si

143

l.si soror, ibi: *cum bonis dotem confundi iubeuit*, *C.de collatio*. A lo qual parece que alude la difinicion de colacion; dum dicitur: *collatio est rei propriæ in commune illatio*: però en este caso cessa todo esto, & omnino verum est, que en la dicha diuision y particion no se hizo confusion de los bienes dotales que tenia recibidos el dicho don Pedro de Poblaciones, quod patet ex seqq.

Lo primero, porque luego tres o quatro dias despues que se efectuo el casamiẽto del dicho dõ Pedro, y doña Catalina de Benauides, murio la dicha doña Catalina de Quintana su madre, por cuya muerte fue necessario el tratar de hazerse particion y diuision de los bienes, y para ello fue prouocado el dicho dõ Pedro, el qual no pudo huir, ni escusar la dicha particiõ. Y aunque pudo no cõferir los mismos bienes rayzes que se le dieron en dote, sino solamente la estimacion dellos, vt in *l. quoties. l. inter virum. C. de iure dotiũ. l. plerumq; ff. eod. tit.* por no lo auer hecho asi no perdio el derecho q̃ tenia adquirido en virtud del primero cõtrato, ni en la dicha particion se mudò, ni quitò cosa alguna del: porque si bien es verdad que se estimaron los mismos bienes en otros precios, en ellos vino a tener y conseruar el dicho dõ Pedro la misma cantidad que le auia sido prometida en dote, que era de cinco mil ducados. Y auiendole sido como le fuerõ adjudicados los mismos bienes en la dicha particion, es preciso entender que en quãto a los dichos cinco mil ducados fue la dicha adjudicacion por la dicha dote, y en quanto a lo demas por la legitima y mejoras que despues le sobreuinieron a la dicha doña Catalina de Benauides. Quod patet ex ea ratione, que siendo como es la particion y diuision y adjudicacion que en virtud della se haze vna paga de las legitimas y herencias que se deuen a los coherederos, y deuiẽdosele al dicho dõ Pedro de Poblaciones la dicha can-

cantidad de cinco mil ducados de dote en los dichos bienes rayzes, que fue la primera deuda, y sobreuiniendo despues la deuda de todas las legitimas enteras de la dicha doña Catalina de Benauides, y mejoras q̃ en ella se hizieron, la adjudicacion que en la dicha particion se hizo al dicho dō Pedro de los dichos bienes, se á de entēder hecha primeramente en la concurrente cantidad de la deuda, y contrato primero, que fue el de la promesa de dote, y despues por el suplemento de las legitimas, y mejoras, cum regulariter in antiquiores obligationes solutiones factæ existimentur, vt in *l. cum ex pluribus 97.* ibi: *Vetustior contractus ante soluetur, ff. de solutio. l. in ijs, in princip. l. vbi fideiussor. l. si ex pluribus. §. fin. l. creditor. §. Valerianus. ff. eod. tradit Greg. Lop. in l. 10. gl. verbo, en todos los deudos, tit. 14. part. 5. & notat post alios Menoch. in lib. 3. præsumpt. 186. n. 10.*

Lo segundo, porque aunque es verdad, que es question altercada, si el q̃ teniendo derecho a vna cosa por vn camino, o titulo, la viene a adquirir por otro, pierde el primero, vt in terminis legatarij rem sibi legatam ementis, aliovè titulo acquirētis, disputant innumeri authores, quos recēset *Menochius, in lib. 3. præsumpt. 117. per totam.* Y parece, q̃ en este caso se pudiera aplicar, y dudar esto mismo, pues perteneciendole al dicho don Pedro los dichos bienes rayzes estimados en virtud de la dicha escritura de promesa de dote, los tuuo tambiē despues por titulo de adjudicacion, y diuisiō. Con todo esso por este camino no sentimos dificultad alguna, ni nos puede hazer fuerça la dicha question. La razon es clara, porque todas las vezes q̃ el contrato, o titulo, en cuya virtud se adquiere la cosa es incompatible cō el otro titulo anterior, en virtud del qual pertenecia tambiē la misma cosa, nil mirum si por vsar del segūdo sea visto remitirse el primero, como se ve en los terminos del legatario

 144

tario que compra la cosa q̃ se le à legado, res enim titulo emptionis sua iam effecta, titulo legati, seu alio quouis amplius sua effici non poteſt; y ſiendo ambos a dos titulos ſolamente para adquirir el dominio de la coſa; en adquiriẽdoſe por el vno, no es neceſſario el otro, y es viſto remitirſe. Sed in noſtro hoc caſu longe diuerſa eſt ratio: porque la diuiſion y particion de los bienes, aunque muchas vezes por el contrato que en ella ſe haze de diuidir y adjudicar es abil y eficaz, para que por ella ſola ſe adquiera la coſa adjudicada, licet alio titulo non pertineret: pero otras vezes la particion y adjudicacion que en ella ſe haze no tiene fuerça de contrato, ni en virtud della ſe adquiere coſa alguna, ſino ſolamente ſe puede conſiderar como impleméto de cõtrato precedẽte, como es en eſte caſo, y en los ſemejantes, que adjudicandoſe al marido en la particion los bienes que auia recibido en dote eſtimados, no es viſto adjudicarſele, ni q̃ ſe le adquieren por nueuo titulo los tales bienes, porque la dicha adjudicacion nó es ſino implemento del primero cõtrato, en virtud del qual ſe le deuen. El exemplo pũtual de eſto ponemos en la numeraciõ del dinero, y entrega del, la qual ſi ſe haze ſimpliciter, & de per ſe poteſt cauſare contractum, veluti depoſitum irregulare mutuũ, vel commodatum, y en eſtos caſos ex ſola numeratione actiones naſci, nemo eſt, qui dubitare poſſit: pero ſi juntamente con la numeracion ſe haze eſtipulacion, numeratio quidem non poteſt conſiderari, vt contractus de per ſe, ni de ella nace accion ninguna, ſino ſolamente de la eſtipulacion, y contrato principal, por cuyo implemento ſe conſidera la numeracion: aſsi lo dize el texto in *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Griſogonus, verſi. ſuperſt. ff. de verbor. obligat* Y en la *l. certi conditio. §. quoniam. ff. ſi certum petatur*, ſe dize, que el que preſtò dinero a otro, & ſtipulatus fuit alteri reddi, non poteſt agere ex

ſtipulatione quia fuit inutilis, ſed ex ſola numeratione. De los quales textos ſe ſaca, que quando ay contrato alguno, ſiempre ſe tiene la numeracion por implemento del: pero quando eſta ſola cauſa contratro principal y diferẽte, y eſto ſe verifica y adapta en el contrato innominado de la particiõ, y adjudicacion: porque quando los coherederos, y que tratan de diuidir los bienes, piden ſolamente por ſus legitimas, que ſon partes, y porciones inciertas; en eſte caſo la diuiſion, y la adjudicacion que en virtud della ſe haze a cada vno, tiene fuerça de contrato de venta, ò de permutacion, como arriba queda dicho, vt pote cum ex ea partitione, & adiudicatione portiones certæ incipiant cohęredibus pertinere, quæ antea non cognoſcebantur, nec ita pertinebant: pero quando en la particion ſe entra pidiendo alguna parte, o cantidad cierta, y determinada, en virtud de contrato precedente; en eſte caſo la particion, ni la adjudicacion que por ella ſe hiziere no cauſa nueuo cõtrato, ſino ſerà paga, y adjudicacion en virtud del primero. Y ſegun lo que eſtà referido, no ſe puede dezir, ni entender que porque en la dicha particion ſe le adjudicaſſen al dicho don Pedro de Poblaciones los bienes que tenia recibidos, y adquiridos por la eſcritura de promeſa de dote (que era cantidad cierta, y determinada de cinco mil ducados) ſe le adquirieron por aquel titulo de particion, ſino que por pertenecerle, y eſtarle ya (como le eſtauan) adquiridos por la dicha eſcritura de promeſa de dote, ſe la adjudicaron y pagarõ en la dicha particiõ: lo qual ſe haze mas llano, con que fueron los miſmos bienes in ſpecie los que al dicho don Pedro ſe le adjudicaron, que los que ſe le auian dado en dote, con que ſe preſume paga derechamente.

Lo tercero, omnia prædicta ſuffragantur, porq̃ en aquella queſtion que ſuelen diſputar los Doctores

tores

tores (que es adaptable a nuestro caso, y puede ser tambien decissiua del) nempè, si ex partitione, & diuissione inter coheredes facta ius fideicōmissi remissum præsumatur, vel non: la distinció vniuocamente recibida por todos, nemine dépto, es, que si el derecho de fideicōmisso es puro, y pertenece sin condicion alguna al fideicomissario al tiempo de la diuision y particion, tunc ex ea sibi præiudicasse, iusque fideicommissi remisisse videatur: Secus verò, si el derecho que tenia al tiempo de la diuision y particion era condicional, y no le competia, aun vsque dum aliqua conditio purificata esset, tunc enim quantumuis partitio, & diuisio facta sit fideicommissum remissum censendum non est. La razon de lo primero que dan todos es, quia simul stare nō potest, quod prælegatum sit in totum prælegatarij, & quod diuidatur inter ipsos cohæredes. Y de lo segūdo, nemo enim in dubio ex actu præsenti ius sibi futurum renuntiasse præsumitur: y demas destas, y otras muchas razones que se suelen dar, ea est potissima, quia bene duo hæc simul stare possunt, quod bona diuidātur inter coheredes, & quilibet habeat partē suam donec eueniat conditio fideicommissi, & ea deueniente portio vnius ad alterum veniat. Estas resoluciones y distinciones son recibidissimas desde el mas antiguo Autor, hasta el mas moderno, como se verá leyendo a *Menochio, qui ex professo hoc disputauit, in lib. 3. præsumpt. 115. y a Morquecho que escribio de particiones, en el lib. 4. c. 9. per totum.* Ajustado pues esto a nuestro caso, aunque es verdad que el derecho que al tiempo que se hizo la diuisiō y particion, tenia el dicho don Pedro de Poblaciones a estos bienes dotales rayzes en especie, le pertenecia de presente en fuerça de la promessa de dote: pero el derecho de lucrarla y heredarla, y de quedar libre de la restitucion della, assi en especie, como en cantidad, entonces condicionalmente le perte-

pertenecia, vtpote cum penderet ex morte vxoris, simulque filij eius intra pupillarem ætatẽ, qui quidem dies mortis (tanquam incertus) conditionem facit: y assi precissamente se ha de entender, q̃ este derecho de heredar el padre al hijo en estos bienes dotales (el qual derecho al tiempo de la particion no competia, ni estaua purificado) no lo remitio, ni pudo remitir el dicho don Pedro, ni se pudo prejudicar en el por la dicha particion y diuision, y que no fue visto por ella apartarse, ni quitarse del primero contrato, en virtud del qual le pertenecia este derecho futuro.

Mayormẽte, que toda la dificultad desta question que está referida, solamente nace, de que como en el acto de la particion se hazen partes, las quales se dan a cada coheredero, y assi se entregan y enagenan aquel a quiẽ pertenecia el fideicomisso y prelegado entero: parece que conuenir en la particion, es visto consentir en la enagenacion, vnde han lugar las reglas, de que consentiens alienationi rei suæ, videatur ius, quod in ea habet remisisse. Etenim, en este caso longe diuersa est ratio, porque aunque es verdad, que el dicho dõ Pedro vino en la dicha particion, pero no consintio que en ella se enagenassen los bienes dotales in especie, que eran suyos, ni que se diessen, ni adjudicassen todos, ni parte dellos a ninguno de los demas coherederos, sino el mismo se quedó cõ ellos como dueño que era; de donde se infiere que se quiso quedar con el mismo derecho que tenia antes, y si sobre essos lleuò mas bienes, en essos podia solamente tener lugar el tronco, y no en los dichos bienes, hasta en la cantidad de los cinco mil ducados de la dote. Y verdaderamente, señor, bien se compadecen la particion, y el primero cõtrato de promesa de dote, y no tienen repugnancia ninguna, pues en la dicha particion se le quedaron al dicho don Pedro los mismos bienes que

en

en virtud de la primera escritura le pertenecian, y assi parece que fue implemento della, y no nueuo contrato repugnante al primero.

Lo quarto, todo lo dicho se conuence mas, por que la dicha particion y diuision no se hizo, ni se traxeron a ella los dichos bienes rayzes para quitarselos al dicho don Pedro de Poblaciones, sino para efeto de sacar con fidelidad las mejoras que estauan hechas en fauor de la dicha doña Catalina de Benauides, y del dicho dõ Geronimo; y para q̃ sobre los dichos bienes dotales se le pagasse al dicho don Pedro lo que se le deuiera de las mejoras, y suplemento de la legitima de la dicha doña Catalina de Benauides, y para que mas congruamente se hiziesse la diuision de todo, y en este caso no nos daña el auerse estimado en diferẽtes precios los dichos bienes, para que por esto se induzga que se confundieron con los demas bienes y herencia, y que fue aquel nueuo contrato que se hizo, remitiẽdose el primero, vt est aperta decissio textus in *l. seruos 35. ff. famil. hercifcund.* ibi: *Seruos inter cohæredes tempore diuisionis æstimatos non emendi, sed diuidendi animo pretijs adscriptos videri placuit, quare suspensa conditione mortuos, tam hæredi, quam fideicommissario depertisse.* Por el qual texto se prueua claramente, que no todas las vezes que se traen bienes a particion y diuision, aunque se estimen se haze nueuo cõtrato, sino que antes muchas vezes se estiman los bienes solamente para diuidirlos, como aqui sucedio, que estos bienes dotales no se traxeron a particion para confundirlos, ni enagenarlos, sino solamente para hazer conmoda diuision de toda la herencia.

Lo quinto, haze por nosotros vna razon muy fuerte, porque presuponiendo por verdad assentada, que el contrato no ha de claudicar, y que si vale para vn contrayente ha de valer para el otro, o no ha de valer para ninguno, vt in *l. si id quod, in*

fine, ff. de rescindend. venditione, l. penultima, in fine, C. commu. diuid. & tradit Franciscus Mantic. de contract. lib. 2. titu. 4. num. 73. Si por la dicha particion se entendiesse estar elidido y acabado el primero contrato, y escritura de promesa de dote, y que el dicho don Pedro de Poblaciones començò a tener los dichos bienes por nueuo titulo; claro está que solo el adjudicarselos, y darselos por el de la particion, aunque fuesse debaxo de la estimacion que se hizo para diuidirlos no causò venta, y que en este caso el peligro de perecer los bienes dotales corriera por la muger, vt in *l. plerumque 11. in principio, ff. de iure dotium, l. quod si fundus, ff. de fund. dotal. l. 18. in fin. titul. 11. part. 4.* Ergo si en este caso de perecer y diminuyrse los bienes dotales despues de dados estimados en dote, y adjudicados por colacion y particion, pidiera la muger justicia en dezir, que el riesgo corriesse por el marido, y que se huuiesse de atender en esto, y en la restitucion de la dote el contrato verdadero, y escritura dello, el qual no se mudò, ni pudo mudar, præter voluntatem mulieris, & sine cōtraria contrahentium consensu; que duda ay de que no pueda dezir lo mismo el marido, pues es llano que ha de valer tambien en su fauor el contrato que el siempre ha de guardar, y a que está obligado; etenim in ambiguis conuentionibus omnimodo seruanda est æqualitas, *l. cum emptor, dicta l. si id quod, in fine, ff. de rescindend. venditione*, & illud semper de mente contrahentium deducendum est, quod prodest vtrique parti, & neutri onerosum est, l. 1. ff. si quis cautionib. Et hoc quidem dicta ratio, & discretio naturalis, vt scribit *Bald. in consil. 343. in prin. vol. 1.* & semper pares debent esse contrahentium qualitates, *l. si cum dies. § si arbiter. l. sed si interpellauit. § si ex altera, & l. si de meis, in prin ff. de recep. arbitris*, & plura alia ad propositum tradit *Franciscus Mantica, de contractib. lib. 2. tit. 4. à num. 71. cum sequentibus.*

H

Lo

Lo ſexto y final, porque en todo rigor no ſe ha de preſumir ni preſume nouacion de los primeros contratos, ni baſtan para ello conjeturas algunas, ſino es q̃ expreſſamente los contrayentes la quieran hazer, y digan que quieren que no valga el primero contrato, *l.fin.C.de nouationib.§.præterea,institut.quib.mod.tollitur obligat.l.15.tit.14.partita 5.* Y aſsi no auiendoſe tratado en la dicha particion, ni imaginado de innouar el primero contrato de la promeſa de dote eſtimada, q̃ eſtaua perficionado, no pudo quedar nouado, ſino la particion ſurtio el efeto del, y ſiruio (como queda fundado) de implemento, y no de contrato, ni cauſa diferente para adquirir nueuo derecho en los bienes, de que ya lo tenia adquirido el dicho don Pedro, y ſolamente ſe confirieron para la commoda diuiſion, y no para quitarle el derecho que en ellos tenia, ni para otro fin ninguno que le prejudicaſſe, ex d. l. ſeruos. ff. famil. herciſcund. Y verdaderamente aunque algunos autores toda via han inſiſtido derechamente cõtra las dichas leyes de derecho comun, y del Reyno, en que aya algunas cõjeturas, por las quales ſe induzga nouaciõ, hoc prorſus deteſtandum eſt, auiendo (como ay) leyes expreſſas que lo prohiben, & ita clamat Parladorus, deſpues de muchos autores, *in lib.2 rerum quotid. cap.fi.1.p. §.12.limit.6.num.43.cum ſeqq.* Y quando ſe pudieran dar algunas cõjecturas para induzir nouaciõ, eſſas ſolamente procedieran quando el ſegundo contrato es incompatible con el primero, como ſuele ſuceder muchas vezes: pero quando no es incõpatible ceſſa eſto ſin duda alguna. Y lo miſmo es (y aun procede mas llanamente) quando el cõtrato ſegundo es innominado, y tal que aunque pueda de per ſe cauſar contrato, ſuele ſer tambien muchas vezes implemento de otro; en qual caſo, talis contractus innominatus potius implementũ primi, quàm nouatio eius, vel nouus contractus

cen-

çesendus est, como en este caso; en el qual se ajusta esta doctrina, vt supra extat ponderatum, ex *Menochio lib. 3. d. præsumpt. 184. per totam, præcipuè nu. 26.* vbi late agit ân, & quando, & ex quibus coniecturis nouatio inducatur.

Ex quibus, auiẽdose de tener estos bienes rayzes por bienes dotales estimados, cõforme a la dicha escritura de promesa de dote, que causò verdaderamente venta, y quedando ya vencida con lo que està dicho, la dificultad de la particiõ no puede auer lugar en los dichos bienes el derecho del tronco, ex communi omnium resolutione, & limitatione, quæ traditur in *l. 6. Tauri, & benè Mieres, de maioratib. 4. par. quæstione 19. sub num. 14.* propriam nostri casus speciẽ proponit, in hæc verba: *Ex istis infertur egregius intellectus ad forum Sepuluedæ, & ciuitatis Conquensis, & aliarum ciuitatum, de quo fit mentio in l. 6. Tauri, nam si mulier contrahat matrimonium cum aliquo, & illi det rem in dotem æstimatam vera æstimatione, quæ facit emptionem, quæ fuit parentis, vel matris, mulieris, aut antecessorum, & posteà mulier defuncta fuit relicto filio, vel filia, qui post obitum matris adhùc puer vita functus fuit; quod in illa re sic data in dotem, & æstimata vera æstimatione, ex qua est contracta emptio, non succedent puero defuncto consanguinei, ad quos competit succesio ratione trunci, & radicis, sed pater illius filij, quia postquam res marito tradita fuit exiuit de familia, cuius antea erat, & fuit effecta alterius qualitatis.* Hactenus Mieres, & eandem sententiam amplexi sunt ex professo, *Ioan. Gutierr. practicar. quæst. lib. 3. q. 77. per totam, & Velazquez de Auend. in d. l. 6. Tauri, glos. 11. num. 27.* y no ay quien diga ni tenga lo cõtrario.

Etenim, concurre con todo lo que està dicho el ser (como es) este fuero tã odioso, ex quo venit restringendus omnibus modis, & adiuuanda est legitima patris erga filium succesio, vt pote fauorabilis, omnique iure, & pietati consona. Y siẽdo,

como

como es, este pleyto sobre sola la possessiõ, corre esto con mayor facilidad; pues siendo cosa regular, que la possession en los casos semejantes a este, se ha de dar al padre, como heredero legitimo de los bienes del hijo; quien quisiere impedir esta possession, ha de prouar, y fundar plenissimamẽte su intencion, y el examinar esto, y las dificultades, y contradiciones que ha opuesto la parte contraria, requirit altiorem indaginem, y se ha de dexar para juyzio de propriedad, para que la pida como le conuenga, dandole aora, y dexandole la possession al dicho don Pedro, reuocando la sentencia de vista, y proueyendo en todo en su fauor como tiene pedido: prout ita speramus. Salua in omnibus, &c.